

刑法各論入門30講

—各論こそ原理的に—

清水 晴 生

- | | | | |
|------|-------------------------|------|--------------------------------|
| 第1講 | 大逆罪・内乱罪 | 第17講 | 逮捕罪・監禁罪 |
| 第2講 | 公務執行妨害・逃走・
犯人蔵匿・証拠隠滅 | 第18講 | 脅迫・強要、略取誘拐 |
| 第3講 | 騒乱罪・放火罪 | 第19講 | 名誉棄損・業務妨害 |
| 第4講 | 住居侵入罪・あへん煙罪 | 第20講 | 財産犯の分類 |
| 第5講 | 文書偽造罪 | 第21講 | 奪取罪の占有 |
| 第6講 | 偽証罪・虚偽告訴等罪 | 第22講 | 不法領得の意思 |
| 第7講 | 性犯罪（性的自由・性的
人格に対する罪） | 第23講 | 反抗抑圧に足る
暴行脅迫・2項強盗罪 |
| 第8講 | 賭博罪・富くじ罪 | 第24講 | 詐欺罪の構造・性質 |
| 第9講 | 礼拝所等不敬・墳墓発掘 | 第25講 | 相当対価の給付・
三角詐欺 |
| 第10講 | 職権濫用罪 | 第26講 | カード詐欺・
キセル乗車
（電子計算機使用詐欺） |
| 第11講 | 賄賂罪 | 第27講 | 背任罪・横領罪 |
| 第12講 | 殺人罪・自殺関与罪 | 第28講 | 横領罪と窃盗罪 |
| 第13講 | 傷害罪 | 第29講 | 盗品等罪 |
| 第14講 | 危険運転・あおり運転 | 第30講 | 毀棄・隠匿罪と窃盗罪 |
| 第15講 | 堕胎罪 | | |
| 第16講 | 遺棄罪 | | |

テーマ：大逆罪・内乱罪

内容：大逆事件（幸徳秋水事件）で有名な（悪名高い）大逆罪は、戦後すでにアメリカの意向により廃止されました。

条文：第一章 削除【皇室に対する罪】

73条【大逆罪】 天皇〔歴代〕、太皇太后〔祖母〕、皇太后〔母〕、皇后〔妻〕、皇太子又は皇太孫に対し危害を加へ又は加へんとしたる者は死刑に処す

74条1項【不敬罪】 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に対し不敬の行為ありたる者は3月以上5年以下の懲役に処す

同2項 神宮又は皇陵に対し不敬の行為ありたる者亦（また）同じ

第二章 内乱に関する罪（77条～80条）

77条【内乱】1項 国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法の定める統治の基本秩序〔＝朝憲〕を壊乱することを目的として暴動をした者は、内乱の罪とし、次の区別に従って処断する。

一 首謀者は、死刑又は無期禁錮に処する。

二 謀議に参与し、又は群衆を指揮した者は無期又は3年以上の禁錮に処し、その他諸般の職務に従事した者は1年以上10年以下の禁錮に処する。

三 付和随行し、その他単に暴動に参加した者は、3年以下の禁錮に処する。

2 前項の罪の未遂は、罰する。ただし、同項第三号に規定する者については、この限りでない。

78条【内乱予備陰謀】 内乱の予備又は陰謀をした者は、1年以上10年以下の禁錮に処する。

79条【内乱幫助】 兵器、資金若しくは食糧を供給し、又はその他の行為により、前二条の罪を幫助した者は、7年以下の禁錮に処する。

80条【自首による刑の免除】 前二条の罪を犯した者であっても、暴動に至る前に自首したときは、その刑を免除する。

第三章 外患に関する罪（81条～89条）

第四章 国交に関する罪（90条～94条）

92条【外国国章損壊等】1項 外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

同2項 前項の罪は、外国政府の請求がなければ公訴を提起することができない。

230条2項【名誉棄損】 告訴をすることができる者が天皇、皇后、太皇太后、皇太后又は皇嗣であるときは内閣総理大臣が、外国の君主又は大統領であるときはその国の代表者がそれぞれ代わって告訴を行う。

説明：73条は計画だけでも「危害を加へんとした」で死刑でした。

テーマ：公務執行妨害・逃走・犯人蔵匿・証拠隠滅

内容：公務の一部は業務妨害（233～234条の2）で保護されます。

条文：第五章 公務の執行を妨害する罪（95条～96条の6）

95条 1 項（公務執行妨害及び職務強要）公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者は、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。

96条の2（強制執行妨害目的財産損壊等）強制執行を妨害する目的で、次の各号のいずれかに該当する行為をした者は、3年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。情を知って、第三号に規定する譲渡又は権利の設定の相手方となった者も、同様とする。

一 強制執行を受け、若しくは受けるべき財産を隠匿し、損壊し、若しくはその譲渡を仮装し、又は債務の負担を仮装する行為 二 [略]

三 金銭執行を受けるべき財産について、無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為

第六章 逃走の罪（97条～102条）

97条（逃走）裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者が逃走したときは、1年以下の懲役に処する。

98条（加重逃走）前条に規定する者又は勾引状の執行を受けた者が拘禁場若しくは拘束のための器具を損壊し、暴行若しくは脅迫をし、又は二人以上通謀して、逃走したときは、3月以上5年以下の懲役に処する。

99条（被拘禁者奪取）法令により拘禁された者を奪取した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

100条（逃走援助）1 項 法令により拘禁された者を逃走させる目的で、器具を提供し、その他逃走を容易にすべき行為をした者は、3年以下の懲役に処する。

同 2 項 前項の目的で、暴行又は脅迫をした者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

101条（看守者等による逃走援助）法令により拘禁された者を看守し又は護送する者がその拘禁された者を逃走させたときは、1年以上10年以下の懲役に処する。

第七章 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪（103条～105条の2）

103条（犯人蔵匿等）罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者を蔵匿し、又は隠避させた者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

104条（証拠隠滅等）他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、偽造し、若しくは変造し、又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

105条（親族による犯罪に関する特例）前二条の罪については、犯人又は逃走した者の親族がこれらの者の利益のために犯したときは、その刑を免除することができる。

105条の2（証人等威迫）自己若しくは他人の刑事事件の捜査若しくは審判に必要な知識を有すると認められる者又はその親族に対し、当該事件に関して、正当な理由がないのに面会を強請し、又は強談威迫の行為をした者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

テーマ：騒乱罪・放火罪

内容：内乱や証拠隠滅が国家的法益（統治機構や司法制度）に対する罪であるのに対して、騒乱や放火は社会的法益に対する罪と呼ばれます。

条文：第八章 騒乱の罪（106・107条）

106条（騒乱）多衆で集合して暴行又は脅迫をした者は、騒乱の罪とし、次の区別に従って処断する。

- 一 首謀者は、1年以上10年以下の懲役又は禁錮に処する。
- 二 他人を指揮し、又は他人に率先して勢いを助けた者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する。
- 三 付和随行した者は、10万円以下の罰金に処する。

107条（多衆不解散）暴行又は脅迫をするため多衆が集合した場合において、権限のある公務員から解散の命令を三回以上受けたにもかかわらず、なお解散しなかったときは、首謀者は3年以下の懲役又は禁錮に処し、その他の者は10万円以下の罰金に処する。

第九章 放火及び失火の罪（108条～118条）

108条（現住建造物等放火）放火して、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を焼損した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。

109条（非現住建造物等放火）放火して、現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物、艦船又は鉱坑を焼損した者は、2年以上の有期徒刑に処する。

2 前項の物が自己の所有に係るときは、6月以上7年以下の懲役に処する。ただし、公共の危険を生じなかったときは、罰しない。

114条（消火妨害）火災の際に、消火用の物を隠匿し、若しくは損壊し、又はその他の方法により、消火を妨害した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

115条（差押え等に係る自己の物に関する特例）第109条第1項及び第110条第1項に規定する物が自己の所有に係るものであっても、差押えを受け、物権を負担し、賃貸し、配偶者居住権が設定され、又は保険に付したものである場合において、これを焼損したときは、他人の物を焼損した者の例による。

説明：放火罪は、地域社会の平穏、現住・現在する人の生命・身体の安全、建造物などの財産といった多様な保護法益を持つ犯罪です。

：109条や110条では、延焼により、周辺地域におけるそれら現住・現在する人々の生命・身体の安全や財産といった法益に危険が及ぶことを、「公共の危険」として構成要件（犯罪成立要件）としています。

：108条では「公共の危険」が具体的な要件とされていないのは、108条の現住・現在建造物という行為客体への焼損結果の中に、この「公共の危険」がすでに含まれているからだ、と考えることができます（この性質を「抽象的危険犯」といいます）。

テーマ：住居侵入罪・あへん煙罪

内容：刃物の持ち込みを禁止しているコンビニに、小型のナイフを携帯したまま入店した場合、建造物侵入罪にあたるでしょうか？

：あたると考える理由としては、①コンビニの管理者は誰が立ち入るかを決められる。②管理上、刃物の持ち込みを禁止することは合理的で、管理権の侵害といえる。③刃物の携帯自体違法であり、その侵入の禁止も正当である、などが考えられます。この場合、不法侵入罪の保護法益を「住居権・管理権（誰を立ち入らせるかを自己決定できる権限）」ととらえているものと考えられます（住居権説。判例）。

：これに対してあたらないと考える理由として、①コンビニ強盗使用目的が明らかなような場合でなければ、平穩を害していない。②客の所持品検査が実施されているわけではなく、通常認められている行為である。③日常の行為が店側の気持ち一つで犯罪となり不合理だ、などが考えられます。この場合は、不法侵入罪の保護法益を「住居・建造物の平穩」ととらえていることになります（平穩説）。

：ではさらに、父親が交際に対峙している娘の交際相手が、父親の留守中に娘の部屋に入室した場合は住居侵入罪にあたるでしょうか？

：成立するとする理由としては、①娘は許していても、なお父親の住居権が侵害されている。②全員が賛成していない限り、住居権の侵害が認められる。③娘が父親の住居権を代理して行使できるわけではない、などが考えられます。おかしいようにも聞こえますが、集合住宅への立ち入りについては、それを許している人がいても同罪が成立するとされることも少なくありません。

：不成立とする理由として、①娘が許している以上「正当な理由がない」とはいえない。②少なくとも娘が許している限りで、平穩な侵入といえる。③少なくとも可罰的な行為ではない、などが挙げられます。

さて、どちらが妥当な結論だと考えますか？

条文：130条 正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

136条 あへん煙を輸入し、製造し、販売し、又は販売の目的で所持した者は、6月以上7年以下の懲役に処する。

説明：刑法はケシの汁から作るあへんの取り扱いについて処罰規定を置いています。

：その原料となるケシの栽培も含めて、特に定めている法律が「あへん法」です。刑法よりも広くまた重い罰則規定を多く置いており、より重い方の規定により罰すべきことも定めています（あへん法65条）。

：さらに、あへんを精製した麻薬としてのヘロイン（モルヒネ）になると、麻薬及び向精神薬取締法により規制・処罰されます。

テーマ：文書偽造罪

内容：偽造文書が犯罪に利用される具体的なケースとしては、例えば①偽の借用書による詐欺。②偽の身分証による詐欺。③偽の定期券やカードによるキセル乗車や施設の利用などが思いつくところです。

：複雑な社会を形成するのに口約束では足りず、また各種証明にも文書が必須です。文書が信用できないと相手を信用できない社会となり、社会生活を形成することができなくなります。契約書など社会の中で文書が果たす重要な役割に鑑みて、文書の名義や内容の真正に対する社会的信用性を保護法益としているのが文書偽造罪です。

155条（公文書偽造等）行使の目的で、公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造し、又は偽造した公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

2 公務所又は公務員が押印し又は署名した文書又は図画を変造した者も、前項と同様とする。

3 [無印] 前二項に規定するもののほか、公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造し、又は公務所若しくは公務員が作成した文書若しくは図画を変造した者は、3年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

156条（虚偽公文書作成等）公務員が、その職務に関し、行使の目的で、虚偽の文書若しくは図画を作成し、又は文書若しくは図画を変造したときは、印章又は署名の有無により区別して、前二条の例による。

157条（公正証書原本不実記載等）公務員に対し虚偽の申立てをして、登記簿、戸籍簿その他の権利若しくは義務に関する公正証書の原本に不実の記載をさせ、又は権利若しくは義務に関する公正証書の原本として用いられる電磁的記録に不実の記録をさせた者は、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

2 公務員に対し虚偽の申立てをして、免状、鑑札又は旅券に不実の記載をさせた者は、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

159条（私文書偽造等）1項 行使の目的で、他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造し、又は偽造した他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

160条（虚偽診断書等作成）医師が公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書に虚偽の記載をしたときは、3年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

説明：155条の公文書偽造と156条の偽造公文書作成とはどのように異なるでしょうか。公文書偽造は作成権限がないのに名義を偽り・冒用し、勝手に他人名義の文書を作成することです。元々存在する余地のない文書を形作り生み出したということで「有形偽造」とも呼ばれます。

これに対して偽造公文書作成は、作成権限のある者が、内容虚偽の文書を作成することです。存在しうる文書の内容だけを嘘とわからないように書き換えたということで「無形偽造」とも呼ばれます。

157条は公務員を利用し156条の罪を間接正犯で行う場合です。

テーマ：偽証罪、虚偽告訴等罪

内容：憲法38条は自白について定めています。その1項で「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」と規定します。これは文字どおりの「黙秘権」ではありません。黙秘権については刑訴法311条1項に「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる。」との定めがあります。憲法38条1項は「何人（なんびと）」も「自己に不利益」な供述を強要されないとし、刑訴法は「被告人」は「終始沈黙」できるとします。被告人として刑事裁判の場に立たされ、それ以前に厳しい取調を受ける人に、「自己に不利益」でないといって供述を強要するのでは、憲法でこの人権を保障した意味がなくなります。だから刑訴法は「被告人」には「黙秘権」そのものを認めています。

：他方で被告人には憲法37条2項で「証人審問権・証人喚問権」が認められ、自己に有利な証人を呼び、特に不利な証人に対し直接法廷の場で反対尋問権を行使する必要があります。だから憲法は「何人」にも「自己に不利益」以外の供述を義務づけ、刑訴法もその旨を規定します（154条や160条等）。

条文：憲法38条1項 何人も、自己に不利益な供述を強要されない。〔自己負罪拒否特権〕

刑訴法311条1項 被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる。〔黙秘権〕

憲法37条2項 刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する。
刑訴法154条 証人には、この法律に特別の定のある場合を除いて、宣誓をさせなければならない。

同160条1項 証人が正当な理由がなく宣誓又は証言を拒んだときは、決定で、10万円以下の過料に処し、かつ、その拒絶により生じた費用の賠償を命ずることができる。

第二十章 偽証の罪

169条（偽証）法律により宣誓した証人が虚偽の陳述をしたときは、3月以上10年以下の懲役に処する。

170条（自白による刑の減免）前条の罪を犯した者が、その証言をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自白したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる。

171条（虚偽鑑定等）法律により宣誓した鑑定人、通訳人又は翻訳人が虚偽の鑑定、通訳又は翻訳をしたときは、前二条の例による。

第二十一章 虚偽告訴の罪 ※輕犯1⑩虚構の犯罪又は災害の事実を公務員に申し出た者
172条（虚偽告訴等）人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で、虚偽の告訴、告発その他の申告をした者は、3月以上10年以下の懲役に処する。

173条（自白による刑の減免）前条の罪を犯した者が、その申告をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自白したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる。

問題：偽証とは記憶に反することを証言することでしょうか？ それとも客観的事実に反することを証言することでしょうか？（記憶に反する証言をしても、客観的事実と一致していた場合には処罰されないとすべきでしょうか？ 偽証罪の保護法益と関連づけて考えてみてください。）

テーマ：性犯罪（性的自由・性的人格に対する罪）

内容：わいせつ物や表現・行為が社会内に漫然と放置されれば、日常的に不快で嫌悪感を覚える表現に晒され、健全で平穏な生活環境が害されます。不用意に性的表現に晒されない健全で平穏な地域社会の全体の生活環境や性的感情が、公然わいせつ罪やわいせつ物頒布罪の保護法益といえます。他方、性道德自体が刑法で保護されるべきかには議論があります。

：また、一定の公然性が構成要件要素とされていることから、個々人の性的感情を直接保護するものではありません。

条文：174条（公然わいせつ）公然とわいせつな行為をした者は、6月以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

175条（わいせつ物頒布等）1項 わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、2年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。

176条（強制わいせつ）13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

177条（強制性交等）13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。13歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。

178条（準強制わいせつ及び準強制性交等）1項 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。

同2項 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による。

179条（監護者わいせつ及び監護者性交等）1項 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第176条の例による。

同2項 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、第177条の例による。

183条 削除（姦通罪）[1項 有夫ノ婦姦通シタルトキハ2年以下ノ懲役ニ處ス其相姦シタル者亦同シ 2項 前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ]

184条（重婚）配偶者のある者が重ねて婚姻をしたときは、2年以下の懲役に処する。その相手方となって婚姻をした者も、同様とする。

説明：強制性交等罪につき「暴行又は脅迫」がなくても、同意なく性交すれば強制性交が成立すると法改正した場合、メリットとしては強度の暴行・脅迫があったことを示す「抵抗困難」の立証が不要となり、被害者が証人として証言すべき内容も縮小されて負担が減ることがあります。他方デメリットとして、同意がなかったことの証拠収集や反証が困難で、痴漢冤罪の場合と同様の懸念が生じることがあげられます。

問題：13歳以上という性交同意年齢をどう考えるべきでしょうか。

テーマ：賭博罪・富くじ罪

内容：賭博罪については、ギャンブルによって金銭・財産を浪費することによる生活の荒廃や、安定した労働生活を維持するとの規律・風俗に対する意識の乱れを招かないための、勤労の美風といった社会意識を含む社会秩序を保護法益と考えることができます。

：富くじ罪については、他人のギャンブル嗜好・射幸心を奇貨としてこれを食い物にして、勤労によらず詐欺的な営業により金銭を得ようとする悪風の蔓延を防止することで、社会における勤労の美風といった社会意識を含む社会秩序の維持を保護法益と考えることができます。

条文：第二十三章 賭博及び富くじに関する罪

185条（賭博）賭博をした者は、50万円以下の罰金又は科料に処する。ただし、一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるときは、この限りでない。

186条（常習賭博及び賭博場開張等図利）1項 常習として賭博をした者は、3年以下の懲役に処する。

同2項 賭博場を開張し、又は博徒を結合して利益を図った者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

187条（富くじ発売等）1項 富くじを発売した者は、2年以下の懲役又は150万円以下の罰金に処する。

同2項 富くじ発売の取次ぎをした者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

同3項 前二項に規定するもののほか、富くじを授受した者は、20万円以下の罰金又は科料に処する。

説明：「一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるとき」とはどのような場合でしょうか。

185条という「賭博」に該当する行為は、法定刑の「50万円以下の罰金又は科料（17条「1000円以上1万円未満」）」に相当する程度の違法性を備えている、つまりそれ相応に勤労意識・秩序に影響を及ぼすに足りるものでなければなりません。

そうであれば賭博の程度や範囲に関して、一日の労働の対価を超える数万円程度以上の賭け金による場合や、ごく少数にとどまらず、一定人数以上で行われた場合がこれにあたると考えられます。

したがって例えば、友人間でじゃんけんや負けたらジュースをおごるとか、ランチ代を払うといった程度のものは「一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるとき」にあたるといえるでしょう。

：187条3項で処罰される富くじを買い受けた者は被害者ではないのでしょうか。なぜ処罰されるのでしょうか。

たしかに詐欺的行為の被害者的側面はあるとしても、違法な富くじを買い受けることにより発売者等を幫助する側面があるために、比較的軽い刑罰により処罰されるものと考えられます。

問題：公営・公認ギャンブルや宝くじが数多くある中で、刑法で賭博や富くじを処罰する正当性があるかについて考えてみましょう。

テーマ：礼拝所等不敬・墳墓発掘

内容：礼拝所及び墳墓に関する罪の保護法益は、信教の自由（憲法20条）に基づいて正当に保護されるべき、神仏や死者、遺体・納棺物に対する畏敬の念、信仰心、宗教感情などです。またそれらを前提とした儀式や儀礼を執り行う場所や設備をも合わせて保護しています。

：ただし、説教等妨害や死体損壊は、それぞれ個人の宗教感情にも関わるものの、業務妨害罪や毀棄罪の特別規定でもあります。

：また、特に死体遺棄罪については、社会一般における宗教感情並びに関連する法秩序とを基礎とした「死体の適正な管理」自体を保護法益と解すべき余地があります。

条文：第二十四章 礼拝所及び墳墓に関する罪

188条（礼拝所不敬及び説教等妨害）1項 神祠（し）、仏堂、墓所その他の礼拝所に対し、公然と不敬な行為をした者は、6月以下の懲役若しくは禁錮又は10万円以下の罰金に処する。

同2項 説教、礼拝又は葬式を妨害した者は、1年以下の懲役若しくは禁錮又は10万円以下の罰金に処する。

189条（墳墓発掘）墳墓を発掘した者は、2年以下の懲役に処する。

190条（死体損壊等）死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、3年以下の懲役に処する。

191条（墳墓発掘死体損壊等）第189条の罪を犯して、死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

192条（変死者密葬）検視を経ないで変死者を葬った者は、10万円以下の罰金又は科料に処する。

説明：188条2項の説教妨害罪に関連して、軽犯罪法1条24号には「公私の儀式に対して悪戯などでこれを妨害した者」を拘留（1～29日の刑事施設拘留刑）または科料（千円～1万円未満の財産刑）で処罰する規定もあります。

：192条の変死者密葬罪に関連して、軽犯罪法1条19号には「正当な理由がなく変死体又は死胎の現場を変えた者」を拘留（1～29日の刑事施設拘留刑）または科料（千円～1万円未満の財産刑）で処罰する規定もあります。

：人を殺害後、そのまま遺体を放置した行為に、不作為による死体遺棄罪（190）が認められるかについて、判例は、葬祭義務者であれば葬祭義務違反により成立するが、そうでなければ作為義務がないから不作為による死体遺棄罪は不成立だとしています（大判S8.7.8大刑集12.1195、大判T6.11.24刑録23.1302）。

：病死した家族の死体を発見後も布団内にそのまま放置した行為に、不作為による死体遺棄罪が認められるかについても、葬祭義務ないしこれに準ずる監護義務を尽くすべきであるのにこれを怠った以上は、不作為による死体遺棄罪の成立が認められるとした高裁判例があります（福岡高裁宮崎支判H14.12.19高刑速（平14）184）。

テーマ：職権濫用罪

内容：公務員が市民に対して法令上の強制権限を加える場合には、一定の人権制約を伴うことがあります。

しかしそれが権限の範囲を超えて、またはその関係性に乗じて濫用にわたる場合には、もともと刑法上保護されるべき法益の侵害の程度が増大するとともに、むしろその地位と権限において特に逸脱濫用に及ばないことが要請される義務違反の程度が大きいがゆえに、刑法上非難されるべき程度もまた増大するということができます。

条文：第二十五章 汚職の罪

193条（公務員職権濫用）公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害したときは、2年以下の懲役又は禁錮に処する。

194条（特別公務員職権濫用）裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者がその職権を濫用して、人を逮捕し、又は監禁したときは、6月以上10年以下の懲役又は禁錮に処する。

195条（特別公務員暴行陵虐）裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者が、その職務を行うに当たり、被告人、被疑者その他の者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときは、7年以下の懲役又は禁錮に処する。

同2項 法令により拘禁された者を看守し又は護送する者がその拘禁された者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときも、前項と同様とする。

196条（特別公務員職権濫用等致死傷）前二条の罪を犯し、よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。

説明：193条職権濫用罪（2年以下）は223条強要罪（3年以下）より法定刑は低いですが、処罰される手段の範囲を拡張した規定です。

：194条特別公務員職権濫用罪（10年以下）は220条逮捕・監禁罪（7年以下）の加重処罰規定です。

：195条特別公務員暴行陵虐罪（7年以下）は208条暴行罪（2年以下）の加重処罰規定です。

：196条特別公務員職権濫用・暴行陵虐致死傷罪は、204条傷害罪（15年以下）・205条傷害致死（3年以上）と比較して、処断刑の下限・上限を重い方で設定することになります。

つまり、特別公務員職権濫用・暴行陵虐致死傷罪であれば、下限は194条の6月以上を採り、上限は傷害罪の15年以下を採ります。

また特別公務員職権濫用・暴行陵虐致死罪であれば、下限は205条傷害致死罪の3年以上となり、上限も傷害致死罪の20年（刑法12条）となります。

※刑法12条「懲役は、無期及び有期とし、有期懲役は、1月以上20年以下とする。」

テーマ：賄賂罪

内容：賄賂罪はなぜ何も具体的な仕事の約束(請託)をしなくても、ただ賄賂を要求したり約束しただけでも処罰されるのでしょうか。

それは、具体的な請託がなく、賄賂と個別の職務行為との間の対価関係が認定されなくても、職務関連性の範囲内で贈賄者の利害が忖度される可能性を生じさせて、公務の公正をすでに潜在的に侵害すると同時に、公務に対する信頼はそれだけですでに損なわれてしまうからです。

条文：197条(収賄、受託収賄及び事前収賄) 公務員が、その職務に関し [職務関連性]、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。この場合において、請託を受けたときは、7年以下の懲役に処する。

2 公務員になろうとする者が、その担当すべき職務に関し、請託を受けて、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、公務員となった場合において、5年以下の懲役に処する。

197条の2(第三者供賄) 公務員が、その職務に関し、請託を受けて、第三者(妻、親族等)に賄賂を供与させ、又はその供与の要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。

197条の3(加重収賄及び事後収賄[2,3項]) 公務員が前二条の罪を犯し、よって不正な行為をし、又は相当の行為をしなかったときは、1年以上の有期懲役に処する。

2 公務員が、その職務上不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を受受し、若しくはその要求若しくは約束をし、又は第三者にこれを供与させ、若しくはその供与の要求若しくは約束をしたときも、前項と同様とする。

3 公務員であった者が、その在職中に請託を受けて職務上不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。

197条の4(あっせん収賄) 公務員が請託を受け、他の公務員に職務上不正な行為をさせるように、又は相当の行為をさせないようにあっせんをすること又はしたことの報酬として、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。

197条の5(没収及び追徴) 犯人又は情を知った第三者が収受した賄賂は、没収する。その全部又は一部を没収することができないときは、その価額を追徴する。

198条(贈賄) 第197条から第197条の4までに規定する賄賂を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者は、3年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する。

説明：賄賂罪の保護法益は第一に公務の公正です。その公務を扱う公務員の私利私欲で、その公務に関わる判断・内容、実施の有無や態様につき、合理的で公平な考慮が妨げられ、以てその公務の積極・消極の受益者たる当事者やひいては市民一般の利益が害されないよう、公務に係る判断と執行が公正になされること、即ち公務の公正が保護法益です。

：さらにまた、公務の公正は客観的なものでなければなりません。公務員の主観的判断において公正であることではおおよそ足りないわけですから、この客観的な公正さの内には、公務と公務の公正さに対する市民の信頼が保持されることも含むと考えなければなりません。

：つまり公務と公務の公正さに対する市民一般の信頼を含む、公務の客観的公正が本罪の保護法益だといえます。

テーマ：殺人罪・自殺関与罪

内容：旧200条尊属殺人罪「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」は199条より重い刑を定めていました。

それは旧憲法下の儒教的家父長制社会で、敬う対象たる尊属を殺すことは旧憲法秩序への違反が大きく違法が重大とされたためと考えられます（フランス法影響下の旧刑法になくドイツ法影響下の新法で新設されたとすれば、フランス法の影響とは考えられないかもしれません）。

：そんな尊属殺を廃止すべき理由として次のものが考えられます。

- ①人の生命は同価値であり、尊属の生命が厚く保護される理由はない。
- ②尊属殺の被告人が一般の殺人の被告人と比べて著しく重い法定刑で処罰されるのは憲法14条の平等原則に反する（最大判S48.4.4刑集27.3.265。矢板尊属殺・法令違憲大法廷判決）。ひいては、罪刑均衡（実体的デュープロセス保障）違反で憲法31条にも反する。
- ③尊属殺重罰規定には、平等原則違反である家父長制度の倫理観が反映されており、憲法14条に違反する。

条文：第二十六章 殺人の罪（199条—203条）

199条（殺人）人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。

200条（尊属殺人） 削除

〔※旧刑法362条祖父母父母謀殺・故殺罪は死刑〕

201条（予備）第199条の罪を犯す目的で、その予備をした者は、2年以下の懲役に処する。ただし、情状により、その刑を免除することができる。

202条（自殺関与及び同意殺人）人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその嘱託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する。

203条（未遂罪）第199条及び前条の罪の未遂は、罰する。

説明：201条の殺人予備罪は、203条の殺人未遂行為以前の、未だ実行されるかも不確かな準備行為を処罰する規定です。刑法上の違法性であるところの法益侵害に対する危険性は認められるのでしょうか。

この点については、実行の着手（未遂）以前の行為によっては未だ法益侵害の具体的危険は生じていませんが、生命という最重要の法益については、これに対する抽象的な危険を生じさせた段階の行為も可罰的と考えることができます、とはいえるかもしれません。

：202条の罪については、生命を保護されるべき法益主体（自殺者）が法益侵害に同意しているのに、この法益侵害への関与行為になぜ違法性（＝法益侵害）が認められるのでしょうか。

これに関しては、生命は最重要な法益だから、刑法は法益主体からもこれを保護する。したがって同意は完全に有効とはならず、なお法益は保護され、その侵害は違法となる。自殺者自身については可罰的な違法性ないし有責性が否定されるが、関与者については違法性も有責性も否定されない、と考えることができます。

テーマ：傷害罪・危険運転罪

内容：暴行によるPTSDの場合も、傷害罪にあたるのでしょうか？

204条が、精神とは区別される「身体」を「傷」つける行為を対象としている以上、PTSDは暴行にとどまると考えるのも、刑法の性格や機能に適合した考え方だといえます。

：ただし判例は、物理的傷害に限らず、身体の生理機能を害した以上は傷害にあたるとしています。（最二決H24.7.24刑集66.8.709）。

傷害の場合もあるが、なお暴行の情状の範疇内にとどまる場合もあると区別した高裁判例もあります。（福岡高判H12.5.9判時1728.159）。

条文：第二十七章 傷害の罪（204条—208条の2）

204条（傷害）人の身体を傷害した者は、15年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

205条（傷害致死）身体を傷害し、よって人を死亡させた者は、3年以上の有期懲役に処する。

206条（現場助勢）前二条の犯罪が行われるに当たり、現場において勢いを助けた者は、自ら人を傷害しなくても、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

207条（同時傷害の特例）二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。

208条（暴行）暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

208条の2（凶器準備集合及び結集）二人以上の者が他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的で集合した場合において、凶器を準備して又はその準備があることを知って集合した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。2 前項の場合において、凶器を準備して又はその準備があることを知って人を集合させた者は、3年以下の懲役に処する。

○暴力行為等処罰ニ関スル法律（全3条）1条 団体若ハ多衆ノ威力ヲ示シ、団体若ハ多衆ヲ仮装シテ威力ヲ示シ又ハ兇器ヲ示シ若ハ数人共同シテ刑法第208条、第222条（脅迫）又ハ第261条（器損）ノ罪ヲ犯シタル者ハ3年以下ノ懲役又ハ30万円以下ノ罰金ニ処ス

第二十八章 過失傷害の罪（第209条—211条）

209条（過失傷害）過失により人を傷害した者は、30万円以下の罰金又は科料に処する。

2 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

210条（過失致死）過失により人を死亡させた者は、50万円以下の罰金に処する。

211条（業務上過失致死傷等）業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、5年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。

説明：基本的な点ですが、傷害致死（205）と殺人（199）とは、何がどのように違うのでしょうか？

殺人は、はじめから死を生じさせるという殺意に基づいて実行した場合か、少なくとも、死ぬかもしれないがそれでもかまわない、しかたないという死の結果発生の認容、つまり未必的殺意があった場合です。

他方で傷害致死は、暴行ないし傷害の故意はあったが、死の発生は予見せず、未必的殺意もなく、傷害の結果として死を発生させた場合です。

テーマ：危険運転・あおり運転

内容：危険運転罪は刑法から分離され、新設の自動車運転死傷行為等処罰法に置かれました。あおり運転罪は道交法の中に新設されました。

条文：自動車運転死傷行為等処罰法（全6条）2条（危険運転致死傷）次に掲げる行為を行い、よって、人を負傷させた者は15年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は1年以上の有期懲役に処する。一 アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為 二 その進行を制御することが困難な高速度で自動車を走行させる行為 三 その進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させる行為 四 人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の入又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為 五 車の通行を妨害する目的で、走行中の車（重大な交通の危険が生じることとなる速度で走行中のものに限る。）の前方で停止し、その他これに著しく接近することとなる方法で自動車を運転する行為 六 高速自動車国道（高速自動車国道法（昭和32年法律第79号）第4条第1項に規定する道路をいう。）又は自動車専用道路（道路法（昭和27年法律第180号）第48条の4に規定する自動車専用道路をいう。）において、自動車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の前方で停止し、その他これに著しく接近することとなる方法で自動車を運転することにより、走行中の自動車に停止又は徐行（自動車が直ちに停止することができるような速度で進行することをいう。）をさせる行為 七 赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為 八 通行禁止道路（道路標識若しくは道路標示により、又はその他法令の規定により自動車の通行が禁止されている道路又はその部分であつて、これを通行することが人又は車に交通の危険を生じさせるものとして政令で定めるものをいう。）を進行し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為

3条（準危険運転致死傷）1項 アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転し、よって、そのアルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態に陥り、人を負傷させた者は12年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は15年以下の懲役に処する。2項 自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転し、よって、その病気の影響により正常な運転が困難な状態に陥り、人を死傷させた者も、前項と同様とする。

5条（過失運転致死傷罪）自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、7年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。

○道路交通法 妨害運転（あおり運転）罪117条の2の2 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。11号 他の車両等の通行を妨害する目的で、次のいずれかに掲げる行為であつて、当該他の車両等に道路における交通の危険を生じさせるおそれのある方法によるものをした者 イ 通行区分違反（17IV）ロ 急ブレーキ（24）ハ 車間距離保持（26）ニ 進路変更禁止（26の2）追越し（28I,IV）ヘ 灯火（52II）ト 警音（54II）チ 安全運転（70）リ 最低速度（75の4）ヌ 停車・駐車禁止（75の8I）※117条の2第6号により高速道路なら5年以下・100万円以下。

説明：刑法外の法律にある罰則規定を特別刑法と呼びます。

問題：意識を失った酩酊状態で開始した運転行為は故意犯でしょうか。

テーマ：墮胎罪

内容：本罪の法益は第一に胎児の生命ですが、母体致死傷・不同意墮胎を重く罰し、母体・妊婦の生命・身体も保護してます（生命尊重の道徳観保護も否定困難）。

条文：第二十九章 墮胎の罪（212条—216条）

212条（墮胎）妊娠中の女子が薬物を用い、又はその他の方法により、墮胎したときは、1年以下の懲役に処する。

213条（同意墮胎及び同致死傷）女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させた者は、2年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させた者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

214条（業務上墮胎及び同致死傷）医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者が女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させたときは、3月以上5年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させたときは、6月以上7年以下の懲役に処する。

215条（不同意墮胎）1項 女子の囑託を受けないで、又はその承諾を得ないで墮胎させた者は、6月以上7年以下の懲役に処する。

216条（不同意墮胎致死傷）前条の罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。

○母体保護法 1条 この法律は、不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めること等により、母性の生命健康を保護することを目的とする。

2条 2項 この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を継続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう。※「母体保護法の施行について」（平成8年9月25日厚生省発児第122号厚生事務次官通知）⇒「通常妊娠満22週未満」（最終生理開始日から計算）

14条 1項 都道府県の区域を単位として設立された公益社団法人たる医師会の指定する医師（以下「指定医師」という。）は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる（3条 1項「配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む。以下同じ。）」、3項「第1項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる。）」）。 — 妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの 二 暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの

○（旧）優生保護法（1948）1条 この法律は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護することを目的とする。*食糧難、人口増

第二章 優生手術／第四章 優生保護委員会／第五章 優生結婚相談所／

説明：母体保護法14条 1項 1号が人工妊娠中絶の条件として「身体的又は経済的理由」を求めていることは是非につき、どのように考えることができるでしょうか。

中絶が自由だと胎児の権利が侵害され、また生命軽視の風潮を生じるとして、これを妥当なものと解する立場が一つありえます。他方「身体的又は経済的理由」にあたらなくても、母親自身の人生上の自己決定を尊重すべきで、望まぬ出産は生まれた子にも不幸を招きうるとして、消極的・否定的に解する立場もありえます。

：同2号の場合に、1項柱書によれば、人工妊娠中絶の条件として「配偶者の同意」として相手の同意を求めているかに読める点については、姦淫（強制性交）者は配偶者に読られないと考えられます（令和2年10月20日厚生労働省発子1020第1号厚生労働事務次官通知『「母体保護法の施行について」の一部改正について」）。

テーマ：遺棄罪

内容：死体遺棄のほか、生きている人を遺棄する罪もあります。自動車事故の被害者が瀕死であるのを知りつつ逃げれば218条の保護責任者遺棄が問題となります。ただ、危険を知った人が助けない全てが「遺棄」というのはいい過ぎ・刑法の濫用です。言葉通り「遺棄した」にあたるのは、遺棄が許されない、積極的扶助・保護を義務づけられるべき人が義務を果たさなかった時だけです。この扶助義務や保護義務を作為義務といいます。遺棄には積極的行為である作為（さくい）の場合と、作為義務違反の不作为（ふさくい）場合があります。218条の「生存に必要な保護をしなかった」（不保護罪）行為が不作为の典型です（これを真正不作为犯といいます）。

条文：第三十章 遺棄の罪（217条—219条） 217条（遺棄）老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した者は、1年以下の懲役に処する。 218条（保護責任者遺棄等）老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3月以上5年以下の懲役に処する。 219条（遺棄等致死傷）前二条の罪を犯し、よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。 軽犯罪法1条18号 自己の占有する場所内に、老幼、不具若しくは傷病のため扶助を必要とする者又は人の死体若しくは死胎のあることを知りながら、速やかにこれを公務員に申し出なかつた者

道交法72条1項 交通事故があつたときは、当該交通事故に係る車両等の運転者その他の乗務員〔運転者等〕（略）は、直ちに車両等の運転を停止して、負傷者を救護し、道路における危険を防止する等必要な措置を講じなければならない。

同117条1項 車両等（軽車両を除く。以下この項において同じ。）の運転者が、当該車両等の交通による人の死傷があつた場合において、第72条（交通事故の場合の措置）第1項前段の規定に違反したときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。2項 前項の場合において、同項の人の死傷が当該運転者の運転に起因するものであるときは、10年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

同117条の5 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。1号 第72条（略）第1項前段の規定に違反した者（略）

説明：ひき逃げ後に被害者が死亡した場合、死ぬかもしれないという未必の殺意があれば不作为の殺人でしょうか？ 殺意なく事故死させた場合は過失運転致死や危険運転致死です。さらに逃げた行為に重ねて不作为の殺人や保護責任者遺棄致死を認めるのは二重評価です。遺棄はあくまで扶助義務や保護義務の違反で成立します。事故での負傷後の状況で新たに扶助義務や保護義務が生じ、その作為義務違反が認められて初めて遺棄となります。通りかかった人が全て作為義務違反となるのはいい過ぎで、積極的に作為すべき義務のある者にだけ不作为犯が成立します。217条の単純遺棄は、「扶助」つまり手助けする必要があるのに、それをすべき人が助けなかったのを遺棄とします。218条の保護責任者遺棄は助けを超え「保護」する必要があるのにしないのを遺棄とします。同じ「遺棄」でも内容は違います。

「その生存に必要な保護」（218）というのが保護義務の内容です。つまり義務を怠れば生存に危険が及ぶのが保護義務です。単なる扶助義務よりも重大な事態や重要な関係性が前提となる義務なのです。軽く当たった感じはしたが被害者が起き上がったなら新たな扶助義務までないとか、逆に乗り上げたり引きずったり出血があったら保護義務もあるといった評価が考えられます。さらに「殺した」（199）に匹敵する状況があれば不作为の殺人に問われる余地も出てくることになります。

テーマ：逮捕罪・監禁罪

内容：逮捕・監禁罪の保護法益とは、どのような価値のある利益・自由でしょうか。

それは移動・行動（活動）の自由です。自律的に自由に移動し、どこに行くか、どこにいるかを自己決定することは、社会生活上重要な基本的権利・自由であるために保護されています。

いたくない場所にいないでよく、思うままに行き場所を決めて活動し、また自由に外に出かけて行って、人と会ったり、場所を訪れたりするという個人の基本的な自由は、憲法13条が保障する個人の尊厳の発現・発露として、十分に保護される必要があります。

会いたい人を自ら選び、出かけた場所を自ら決め、自分の社会内での生活・人とのコミュニケーションを自由に自己決定することで、自分の人生をも自己決定・自己実現していく、そんな権利・自由が保護されているものといえます。

：逮捕行為と監禁行為とはどのように異なるでしょうか。

逮捕とは移動の自由を奪うことであるのに対して、監禁は一定の空間内・室内に閉じ込めることです。

逮捕は移動の自由だけを奪うのに対して、監禁では外界と隔絶した領域に閉じ込められることにより、他者との接触まで奪われてしまいます。

逮捕では束縛はされるものの連れ去られることはないのに対して、監禁では一定の建物内・室内に幽閉されるために、その発覚も困難なものとなります。

条文：第三十一章 逮捕及び監禁の罪（220条・221条）

220条（逮捕及び監禁） 不法に人を逮捕し、又は監禁した者は、3月以上7年以下の懲役に処する。

221条（逮捕等致死傷） 前条の罪を犯し、よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。

説明：相手を車に乗せて走らせているが、ドアロックはかかっていないというとき、はたしてこの行為が監禁罪の構成要件にあたりうるかについてはどのように考えればよいでしょうか。

車を走らせている間は急に降りるのは危険であり、自由に車外に出ることをできなくしているといえます。ですから、監禁にあたりうるものといえるでしょう。

：ではまた、外が危険だとか、ドアに鍵がかかっていると、親が迎えに来るなどと嘘をついて室内にいさせる行為についてはどうでしょうか。監禁罪の構成要件にあたりうるものでしょうか。

他人の移動・行動の自由を奪う手段としては、必ずしも物理的に閉じ込める行為に限る理由はないといえます。ですからこれらのケースのように、いわゆる「欺罔（ぎもう。だますこと）」による監禁も認められる場合があるといえそうです。

テーマ：脅迫・強要、略取誘拐

内容：脅迫罪は聞き慣れた名前の犯罪ですが、その保護法益は生活の自由や平穩だと考えられます。これに対して強要罪の保護法益は、行動の自由だといえるでしょう。

：また略取・誘拐罪の保護法益を考えてみると、社会的な関係性を維持しながら、平穩で安定した生活を送り暮らす自由、あるいは安全で安心できる、安定した暮らしを送る利益だといえます。

条文：第三十二章 脅迫の罪（222条・223条） 222条（脅迫）生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を脅迫した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。2 親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を脅迫した者も、前項と同様とする。

223条（強要）生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者は、3年以下の懲役に処する。2 親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者も、前項と同様とする。3 前二項の罪の未遂は、罰する。

第三十三章 略取、誘拐及び人身売買の罪（224条—229条）

224条（未成年者略取及び誘拐）未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3月以上7年以下の懲役に処する。

225条（営利目的等略取及び誘拐）営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

225条の2（身の代金目的略取等）近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、無期又は3年以上の懲役に処する。2 人を略取し又は誘拐した者が近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じて、その財物を交付させ、又はこれを要求する行為をしたときも、前項と同様とする。

226条（所在国外移送目的略取及び誘拐）所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2年以上の有期懲役に処する。[人身売買の売り手側]

226条の2（人身売買）人を買ひ受けた者は、3月以上5年以下の懲役に処する。（略）229条（親告罪）第224条の罪及び同条の罪を幫助する目的で犯した第227条第1項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない（駆け落ち。かつて225条の場合についても婚姻中は告訴不可の定めがあったが削除）。

説明：離婚後に、親権のない親が幼子を連れ去った場合にも略取誘拐罪に該当するでしょうか。子供が平穩で安定した生活を送る利益を侵害していると考えられる以上、本罪の保護法益の侵害つまり違法性が認められ、未成年者略取・誘拐罪（224）の成立する可能性があります。

：では外国で離婚後に一方の共同親権者たる母親が子を日本に連れ帰った場合も略取誘拐にやはり該当するでしょうか。未成年者略取誘拐（224）や国外移送目的略取誘拐（226）について、日本の刑法は3条12号で日本国民の国外犯、3条の2の5号で国民以外が国外で犯した場合でも処罰するとしていますから、該当しうるといえそうです。

テーマ：名誉棄損・業務妨害

内容：政治不正・腐敗等国民の知る権利に資する公益目的報道が名誉棄損での逮捕や処罰に萎縮しないよう作られたのが230条の2です。

条文：第三十四章 名誉に対する罪（230条—232条）

230条（名誉毀損）公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。

2 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。[民710条[財産以外の損害の賠償]他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。 同723条[名誉毀損における原状回復]他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる。]

230条の2（公共の利害に関する場合の特例）前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。

2 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。 3 前条第一項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。

231条（侮辱）事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。 232条（親告罪）この章の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。2 告訴をすることができる者が天皇、皇后、太皇太后、皇太后又は皇嗣であるときは内閣総理大臣が、外国の君主又は大統領であるときはその国の代表者がそれぞれ代わって告訴を行う。

第三十五章 信用及び業務に対する罪（233条—234条の2）

233条（信用毀損及び業務妨害）虚偽の風説を流布し、又は偽計を用いて、人の信用を毀損し、又はその業務を妨害した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

234条（威力業務妨害）威力を用いて人の業務を妨害した者も、前条の例による。

234条の2（電子計算機損壊等業務妨害）人の業務に使用する電子計算機若しくはその用に供する電磁的記録を損壊し、若しくは人の業務に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与え、又はその他の方法により、電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、又は使用目的に反する動作をさせて、人の業務を妨害した者は、5年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。 2 前項の罪の未遂は、罰する。

説明：230条の2第1項の「真実であることの証明」という要件を被告人側が充足するのは、実際にはかなり困難です。いくら取材を尽くそうと、不都合な事実ほど隠そうとするものですから、真実の証明がなければ有罪とするのでは、230条の2を設けた趣旨が損なわれてしまいます。

そこで判例は、取材を尽くした認識があると認められれば、名誉棄損の故意が欠けるとしました（最大判S44.6.25刑集23.7.975 夕刊和歌山事件）。

：①多数回の無言電話、②売場の布団やコンビニのパンに針を混入、これらは233条の偽計と234条の威力のどちらにあたるでしょう。下級審は、①偽計（東京高判S48.8.7高刑集26.3.322）、②偽計（大阪地判S63.7.21判時1286.153）と、共に233条にあたるとします。非公然是偽計とするようです。

テーマ：財産犯の分類

内容：他人の財産に対する罪を「財産犯」といいます。より広く経済活動全般に関する犯罪を括る言葉として「経済犯罪」という分類もあります。刑法上の財産犯も、その行為態様からさらに分類されます。この分類の基礎となる特徴はそのまま各罪の構成要件となります。この構成要件要素の違いは、同じ財産犯の中でも、その内のどれが成立するかの判断基準ともなります。法定刑が異なるのでどの罪が成立するかは重要です。※法定刑が「10年以下の懲役又は50万円以下の罰金」と「10年以下の懲役」を比べると、「又は50万円以下の罰金」も選択できる方が法定刑としては軽いです（宣告刑が軽くなりうる）。

条文：235条（窃盗）他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

236条（強盗）1項 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。

※有期徒刑は20年までなので、「5年以上の有期徒刑」とあれば、それは「5年以上20年以下の有期徒刑」の意味です。⇒12条（懲役）1項「懲役は、無期及び有期とし、有期徒刑は、1月以上20年以下とする。」

246条（詐欺）1項 人を欺いて財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。

247条（背任）他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

249条（恐喝）1項 人を恐喝して財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。

252条（横領）1項 自己の占有する他人の物を横領した者は、5年以下の懲役に処する。

254条（遺失物等横領）遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

256条（盗品譲受け等）1項 盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を無償で譲り受けた者は、3年以下の懲役に処する。

2項 前項に規定する物を運搬し、保管し、若しくは有償で譲り受け、又はその有償の処分のあつせんをした者は、10年以下の懲役及び50万円以下の罰金に処する。

261条（器物損壊等）前三条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。 ※17条「科料は、1000円以上1万円未満とする。」

説明：器物損壊や建造物損壊（260）等を毀棄罪といいます。この外の財産犯は利得罪に分類します。財物の効用を失わせる行為か、またはそれを利用するつもりでの行為かの違いです。利欲犯である利得罪の法定刑が、刑法上重く規定されています。

：窃盗・強盗が奪取罪であるのに対し、詐欺・恐喝は交付罪に分類されます。文字どおり、奪取罪が相手の意思に反して財物の占有を奪う行為であるのに対して、交付罪は、相手の意思に欺罔や威迫などにより不自由な意思決定をするように働きかけ、その上で相手の不完全な意思に基づく交付行為をさせることで財物や財産上の利益を得る犯罪です。

テーマ：奪取罪の占有

内容：窃盗や強盗といった奪取罪に関し、242条は「自己の財物であっても、他人が占有…するものであるときは…他人の財物とみなす」と規定します。このことから奪取罪における占有の意味が見えてきます。

つまり自己の物でも他人が占有してれば、235条窃盗や236条1項強盗における犯罪行為の客体たる「他人の財物」にあたるというのですから、奪取罪では物に対する所有権が保護対象・保護法益であるのではなく、財物を「占有」している事実自体が保護法益だと考えられます。いい方を変えれば、自己の財物であっても他人が占有していること自体が保護されているとすれば、財物が平穩に占有されているというその事実上の状態それ自体が保護されていると考えることができます。

：つまり、他人が占有していれば他人の財物とみなすということは、自分の物を相手から強引に取り返した場合であっても、窃盗や強盗がやはりなお成立するということです。だから奪取罪は、財物に対する法的な所有権を保護しているのではなく、占有事実・占有状態そのものを保護法益としていって考えられます。

：ちなみに旧刑法372、373条は、畑の野菜、竹の子や養殖魚など占有が緩やかな物について軽い処罰を定めていました。

条文：第三十六章 窃盗及び強盗の罪（235条～245条）

235条（窃盗）他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

236条（強盗）1項 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期懲役に処する。

同2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

242条（他人の占有等に係る自己の財物）自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。

245条（電気）この章の罪については、電気は、財物とみなす。

説明：持主が前の教室に荷物を置き忘れたまま次の教室で授業を受けているとき、この荷物を取るのには占有侵害で窃盗かそれとも占有離脱物横領(254)でしょうか。（※254…遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。）

次の授業を受けている以上すぐ戻るとは考えにくく、その分事実上の占有（占有の事実）は希薄です。荷物の所在も忘れており占有の意味も希薄です。教室の距離、建物内の学生数にもよりますが、持主の占有は一時失われたともいえます。ただ定期巡回する管理者・大学の占有が代わりに及ぶともいえます。

：では、持主が次の教室に荷物を置いたまま学食でランチをしているとき、この荷物を取る行為は窃盗でしょうか、それとも占有離脱物横領でしょうか。

学食との距離にもよりますが、昼食時の廊下や食堂に多数の出入りがある中で事実上の占有は希薄です。一方、持主は意識的に荷物を置き、置き場所も憶えており、ランチ後戻る場所でもあることから、占有の意思は及んでいます。

同一建物内で距離がなく数分で戻れるならなお占有ありともいえます。

他方、見通しも及ばず、物の状況も把握できず、戻るのが数分要すればその間に容易に持ち去られるとすれば、放置され占有を失ったとも考えられます。

テーマ：不法領得の意思

内容：他人の物を壊すつもりで持ち去り壊した場合、窃盗でしょうかそれとも器物損壊でしょうか。

窃盗と器物損壊の法定刑にはかなり差があるので、この場合まで窃盗だとすると、器物損壊を軽い刑とした意味がなくなるともいえます。

逆にこれを器物損壊だとすると、持ち去り後に壊さなかった場合には器物損壊の未遂となりますが、これは処罰されていません。実質的には窃盗に相当する行為をしているのに、この結論も不都合だといえます。

条文：第三十六章 窃盗及び強盗の罪（235条～245条）

235条（窃盗）他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

235条の2（不動産侵奪）他人の不動産を侵奪した者は、10年以下の懲役に処する。

236条（強盗）1項 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期懲役に処する。

261条（器物損壊等）前三条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。

説明：一つの考え方としては、窃盗としてよい。その場で壊す場合だけを器物損壊とすればよい、とすることもできます。

そしてまた別の考え方としては、刑法は他人の物を自分の物にしようという利欲犯を重く処罰していることから、他人の物を不法に領得する意思（不法領得の意思）、とりわけその物の用法に従って処分する意思（用法処分意思）・つまりその物の使い道どおりに利用する意思を持つ場合に利欲犯である重い窃盗罪が成立する、とすることもできるでしょう。判例は基本的にこの後者の立場に立つと考えられています。

これが、器物損壊との関係における不法領得の意思の問題です。

：では、30分だけ勝手に使って戻すつもりで、駐輪場の鍵のついた自転車を乗り去ったら、単なる無断借用で不処罰か、それとも窃盗が成立するでしょうか。他人の物を自分の物にする意思（不法領得の意思）があるかという観点で踏まえると、どう考えるべきでしょうか。

こちらは、一時使用（使用窃盗）における不法領得の意思の問題です。

①他人の物を自分の物にするという利欲犯の性格が窃盗の重い処罰の根拠だとすると、最終的に自分に帰属させるという不法領得意思がない以上、本問のような一時使用の場合は不処罰となるとも考えられます。

②他方、少なくとも30分の間は、本来の権利者を排除して、その物に對しまるで自分が正当な権利者・所有者であるかのように振る舞ったのですから、その限りでは他人の物を不法に領得する意思に基づいた行為を行ったともいうことができ、窃盗罪が成立するともいえます。

③判例は所有者のように振る舞う意思を実現したといえる場合に窃盗の成立を認め、短時間の利用でもこれを肯定しています。

※車を4時間乗り回した事案で窃盗罪を肯定した判例として、最二小決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁。

テーマ： **反抗抑圧に足る暴行脅迫・2項強盗罪**

内容：235条窃盗（10年以下）における「窃取」行為と、これよりも重く処罰される236条強盗（5年以上[20年以下。§12i]）における「強取」行為とは、どのように異なるのでしょうか。どのように異なるがゆえに、法定刑に差があるのでしょうか。

それぞれの特徴の違いを論ずるならば、窃取は相手に反抗の機会を与えないで掠（かす）め取るのに対して、強取は相手の反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫を手段（強盗の構成要件要素）として占有を奪取する罪である。

条文：第三十六章 窃盗及び強盗の罪（235条～245条）

236条（強盗）1項 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

237条（強盗予備）強盗の罪を犯す目的で、その予備をした者は、2年以下の懲役に処する。

238条（事後強盗）窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

239条（昏酔強盗）人を昏酔させてその財物を盗取した者は、強盗として論ずる。

240条（強盗致死傷）強盗が、人を負傷させたときは無期又は6年以上の懲役に処し、死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。

241条（強盗・強制性交等及び同致死）強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強制性交等の罪（第179条第2項の罪[監護者性交等]）を除く。以下この項において同じ。）若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は7年以上の懲役に処する。

同2項 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

同3項 第一項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処する。

説明：236条2項が定める、暴行・脅迫を用いて、財物ではなしに「財産上不法の利益」を得た場合を、2項強盗罪とか強盗利得罪といいます。この具体例としては、例えば相手に激しい暴行を加えて代金の支払いを免れた場合であるとか、相手を脅して借金を踏み倒した場合や、同じく相手を脅した上で支払いもせずに施設を利用した場合などが考えられます。暴行や脅迫を加えることによって相手の反抗を抑圧・不可能にして、それに乗じて財産上の利益を得た場合がこれにあたります。

問題：強盗目的なき反抗抑圧に足る暴行・脅迫後、相手の反抗抑圧状態を奇貨として持物を奪ったら強盗罪になるか。積極・消極両方を考えてみて下さい。

テーマ：詐欺罪の構造・性質

内容：詐欺（246）や恐喝（249）のように、相手に財物を交付させる罪（交付罪）は、相手から財物を奪取する犯罪（奪取罪）とどのように異なるでしょうか。

奪取罪は相手の意思に反し、これを無視し顧みずに財物の占有を自己に移転させる行為です。これに対し交付罪は、相手の自由な意思決定・判断力に影響を与え、不自由な意思決定（「瑕疵〔かし。＝きず〕ある意思」）を強いて、相手自ら財物を差し出さずにおかない状況を作出して財物の占有を得る行為です。

つまり奪取罪は無理に占有を奪うのに対し、交付罪は相手に「不自由な意思（瑕疵ある意思）」に基づく行為を強制し占有を得る点で両者は異なります。

条文：第三十七章 詐欺及び恐喝の罪（246条—251条）

246条（詐欺）1項 人を欺いて財物を交付〔処分行為〕させた者は、10年以下の懲役に処する。同2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

246条の2（電子計算機使用詐欺）前条に規定するもののほか、人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて〔、〕財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供して、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は、10年以下の懲役に処する。

（※7条の2 この法律において「電磁的記録」とは、電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）

247条（背任）他人〔会社・法人〕のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

248条（準詐欺）未成年者の知慮浅薄又は人の心神耗弱に乗じて、その財物を交付させ、又は財産上不法の利益を得、若しくは他人にこれを得させた者は、10年以下の懲役に処する。

249条（恐喝）1項 人を恐喝して財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。同2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

250条（未遂罪）この章の罪の未遂は、罰する。

251条（準用）第242条〔他人占有の自己の財物〕、第244条〔親族相盗例〕及び第245条〔電気の有体性擬制〕の規定は、この章の罪について準用する。

説明：「○○が呼んでる」と騙し席を外させた隙に相手の荷物を奪うのは詐欺かそれとも窃盗ですか。この時、相手をだましていますが、それは占有をゆるませるため、交付させるためにだましているではありません。詐欺は相手からの交付を求めて欺罔し錯誤に陥らせる行為ですから、単に交付がないだけでなく、交付を求める詐欺行為も行われておらず、詐欺未遂にもあたりません。相手の占有を緩ませ、相手の意に反して占有を奪った窃盗となります。

問題：①注文して食事した後、支払いが嫌になりトイレの窓から逃げた場合、また②注文して食事した後、支払いが嫌になり「財布を取ってくる」と駐車場に行くふりで外に出てそのまま逃げた場合、それぞれ罪責はどうなりますか。

テーマ：**相当対価の給付・三角詐欺**

内容：原価2千円相当の商品を原価1万円相当の商品と偽り、2千円で売り渡した場合、詐欺罪は成立するでしょうか。

これは「相当対価の給付のケース」と呼ばれます。

：否定的・消極的な結論を取る立場も考えられます。

つまり、詐欺罪は財産犯であり、財産権を侵害する犯罪である以上、対価に相当する給付があり、経済的損失を与えない場合には、たとえ錯誤を生じさせ、真意に沿わない取引であっても、詐欺罪の法益侵害は認められず、罪とならない、と考えるわけです。

：他方で、肯定的・積極的な結論を取る立場も考えることもできるでしょう。すなわち、原価1万円ならば得な買物だという錯誤に陥ったがゆえに交付・処分行為がなされたのだとすれば、原価2千円だと知っていたならば売買には応じず、代金を支払わなかった以上、財産的処分の根拠となる意思決定に錯誤を生じさせて財産権を侵害した行為にほかならないわけですから、詐欺罪が成立すると考えるわけです。

：判例は後者の立場です（最高裁第二小法廷昭和34年9月28日決定、刑集[最高裁判事判例集]13巻11号2993頁。ドル・パイブレーター事件）。

条文：246条（詐欺）1項 人を欺いて財物を交付[処分行為]させた者は、10年以下の懲役に処する。

同2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

説明：三角詐欺と呼ばれるケースがあります。

典型的な例としては、裁判所に虚偽の訴えを提起して、判決・債務名義を得て、民事執行により財物や財産的利益を得る行為があります。

このケースについて、詐欺罪の構成要件要素であるところの①詐欺行為、②錯誤、③交付・処分行為、④財産上の損害・移転、にあてはまる事実をそれぞれ指摘してみると、以下のとおりになります。

①詐欺行為…裁判所に対する虚偽の訴えの提起

②錯誤…正当な請求だと裁判所が誤解したこと

③交付・処分行為…裁判所が原告の訴えを認める判決（債務名義）を出したこと

④財産上の損害・移転…民事執行により被告の財産が回収されたこと

判例：ドル・パイブレーター事件（最二小決S34.9.28刑集13.11.2993）

〔事案〕 時価1500円程の市販の電動あんま器を、効能が高く入手困難な医療器具と誤信させ2200～2300円で売り渡す等した。

〔判旨〕 なお、たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。

テーマ：カード詐欺・キセル乗車（電子計算機使用詐欺）

内容：他人のカードを自己の物と偽り店頭で買物した行為につき、どのようにして詐欺罪を構成するでしょうか〔カード詐欺のケース〕。ここでも、詐欺罪の構成要件要素である、①詐欺行為、②錯誤、③交付・処分行為、④財産上の損害・移転、に該当する事実をそれぞれ指摘してみると、以下のとおりになります。①詐欺行為…カードに登録されている本人であるかのような態度を店員に示す行為、②錯誤…カードに登録されている本人だと店員が誤解、③交付・処分行為…店員が使用を許可して清算を済ませて商品という財物を交付したり、サービスという財産的利益を処分したこと、④財産上の損害・移転…名義人本人でなければ渡さなかった商品の移転や、利用を許すなどのサービス実施。

条文：246条（詐欺）1項 人を欺いて財物を交付〔処分行為〕させた者は、10年以下の懲役に処する。同2項 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

246条の2（電子計算機使用詐欺）前条に規定するもののほか、人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて〔〕財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供して、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は、10年以下の懲役に処する。

（※7条の2 この法律において「電磁的記録」とは、電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）

説明：一区分分の切符を改札係に示して改札を抜けて車に乗り、途中の無人・無改札駅から目的の駅までの定期券を改札係に見せて改札を出たという場合、どの時点の行為が詐欺罪（246）の構成要件要素である①詐欺行為、②錯誤、③交付・処分行為、④財産上の損害・移転、の各要素を充足するでしょうか〔キセル乗車のケース〕。

これには様々な「乗車駅説」と「下車駅説」とがあります。

乗車駅説としては、例えば、①詐欺行為…乗車駅の改札係に一区分分だけの切符を示した行為、②錯誤…一区分分だけ乗ると誤信（キセルとわかっていれば通さない）、③交付・処分行為…乗車を許した、または運行サービスを利用させた（※ただしこれだと錯誤に基づくといえるかという問題があります）、④財産上の損害・移転…正規運賃の支払いがないまま利用させた、となります。下車駅説では、①詐欺行為…下車駅の改札係に無人駅から乗ったように定期券呈示、②錯誤…無人駅から乗車と誤信、③交付・処分行為…不足分を受け取らずに改札を出るのを許した、④財産上の損害・移転…不足分の請求権の侵害、などとなります。

：同じ事案で下車駅の自動改札を電子定期券で通った場合、電子計算機使用詐欺（246の2）が問題となり、その自動改札につき、①「事務処理」の内容が正規運賃の精算であり、②「虚偽」の内容についても、その「事務処理」の内容に照らして虚偽といえる場合には、同罪が成立します（東京高判H24.10.30 高刑速（H24）146、名古屋高判R2.11.5LEX/DB25567115）。

テーマ：背任罪・横領罪

内容：背任罪は例えば、取引担当者が会社が損をするとかかりながら、自分の親族の会社の利益のために不要・不利な取引をする場合とか、融資担当者が、自分のミスの発覚を恐れて、貸倒れることを予想しながら回収不可能な融資を継続する場合、経営者が、会社にメリットがないのに、自分が使うために会社の資金で保養所・別荘を建てるような場合がこれにあたります。

：背任罪の成立には、①他人のための事務処理者（会社[他人・本人]で仕事をする者）、②図利加害目的（顧客データ等の情報を転職先で役立たせる目的、自分を評価しない会社に損をさせる目的等）、③任務違背行為（機密情報・営業秘密・図面等の持ち出し・流出。会社(本人)が損をする予想される取引の締結）、④本人の財産上の損害（財産毀棄罪）、といった要件の充足が必要です。

条文：第三十七章 詐欺及び恐喝の罪（246条—251条）

247条（背任）他人[本人]のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的[図利加害目的]で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

会社法960条1項（取締役等の特別背任罪）次(1-8号)に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、当該株式会社に財産上の損害を加えたときは、10年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。[以下略]

第三十八章 横領の罪（252条—255条） 252条（横領）自己の占有する他人の物を横領した者は、5年以下の懲役に処する。 2項 自己の物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同様とする。

253条（業務上横領）業務上自己の占有する他人の物を横領した者は、10年以下の懲役に処する。

254条（遺失物等横領）遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

255条（準用）第244条の規定は、この章の罪について準用する。

説明：担当する取引のため会社から預かった資金を自分の借金返済に充てた行為や、経理担当者が帳簿をごまかして作った裏金を自分の口座に振り込むなど、横領罪も背任罪もどちらの構成要件もあてはまりそうな事例があります。

：まず、どのような場合でも、客体が財物でない場合には横領罪の成立する余地はなく、その意味で背任罪の成否が問題となります。

：横領罪は他人の物を不法に自己の物として領得する意思（不法領得の意思）を実現する犯罪です。これに対し背任罪は未だ他人のための事務処理の範疇内（他人[会社本人]の名義や計算処理に基づく行為）で任務違背[権限濫用]行為をする犯罪ですから、行為自体としては未だ、まるで自己の物のように扱っている行為（自己の名義や自己の計算処理による行為）ではないといえます。

すでに自己の名義や自己の計算処理による等、まるで自己の物のように扱う行為であれば、それはもはや権限濫用を超え権限逸脱行為であり、これは今や領得行為にあたり、つまり横領罪が成立するものと一般的に考えられています。

テーマ：横領罪と窃盗罪

内容：一人で店番をしているバイトが店の商品や売上金の一部をくすねた場合、「他人の財物を窃取した」（235）として窃盗でしょうか、それとも「業務上自己の占有する他人の物を横領した」（253）として業務上横領となるでしょうか。

：両罪とも他人の財物を不法に領得する行為ですが、横領ではその財物の占有がすでに行為者の下にある点に違いがあります。

つまり、このときすでに行為者（バイト）に占有があれば横領、占有がなく、この行為によって初めて自己の下に占有を移転させたのであれば窃盗ということになります。

：一人で店番をしているとはいえ、店内の商品を占有・管理しているのはあくまで店長と考えるべきであるとすれば、本件行為はその店長の占有を侵害した（軽い）窃盗にあたるものと考えられます。

：この店長の占有のように、窃盗罪の客体は一般に「事実上の占有」とは いわれますが、それはたとえば預金残高のような「法的占有」は窃取できないことを意味するにとどまり、「事実上」ということがまったく抽象化されないということではありません。

：そしてこのとき、バイトはせいぜい占有補助者・占有補助機関にすぎないと解すべき、ということになります（大審院昭和21年11月26日判決・大審院刑事判例集25巻50頁）。

また逆に、店長であれば、店のオーナーでなくても占有が認められうる、ということにもなりうるでしょう。

条文：235条（窃盗）他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

252条（横領）自己の占有する他人の物を横領した者は、5年以下の懲役に処する。

2 自己の物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同様とする。

253条（業務上横領）業務上自己の占有する他人の物を横領した者は、10年以下の懲役に処する。

254条（遺失物等横領）遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

255条（準用）第244条の規定は、この章の罪について準用する。

説明：預かった鍵のかかった箱の中身を抜き取る行為は窃盗（235）か、それとも横領（252）でしょうか。

所有者は箱の占有は委託しているものの、中身には占有・利用が及ばないように鍵をかけているわけですから、所有者の中身への占有は失われておらず、なお窃盗になる、とするのが判例の立場のようです。

最高裁第一小法廷昭和32年4月25日決定（刑集11巻4号1427頁）は、「所有者たる他人は行李在中の衣類に対しその所持を失うものでない」（同1428頁）と判示しています。

判例のこの結論に対しては、箱ごと奪ったほうが軽い横領になるのは不当だとする反対説もあります。

テーマ：盗品等罪

内容：256条は盗品等を譲り受ける行為や運搬、保管する等の行為を処罰し、同1項は「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」をその行為の対象としています。この「その他財産に対する罪」には、代表的なものとして、窃盗、強盗、詐欺、恐喝、横領、占有離脱物横領等が含まれます。

背任については、詐欺的な性質もありますが、領得罪というよりはむしろ、どちらかといえば財産毀棄罪の性格が強いので、ここには含まれないと解してよいように思われます。また、密漁(猟)品、密輸品、禁制品(薬物等)、賄賂、賭博の賭け金や売上金、偽造貨幣などは、財産犯(財産権を保護法益とする犯罪)ではありませんから、ここには含まれないと考えることができます。

条文：第三十九章 盗品等に関する罪(256条・257条)

256条(盗品譲受け等)1項 盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を無償で譲り受けた者は、3年以下の懲役に処する。2項 前項に規定する物を運搬し、保管し、若しくは有償で譲り受け、又はその有償の処分にあつてをさせた者は、10年以下の懲役及び50万円以下の罰金に処する。

257条(親族等の間の犯罪に関する特例)1項 配偶者との間又は直系血族、同居の親族若しくはこれらの者の配偶者との間で前条の罪を犯した者は、その刑を免除する。2項 前項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。

説明：本罪が処罰される理由には次のようなものがあります。

- ・本犯(先行する財産犯)実行の目的・動機・理由となりえ、本犯実行を助長するから。[助長犯的性格]
- ・本犯実行を容易にし、また本犯を組織的に支え、本犯の職業犯罪的性格や構造の一部をなし、また一体で行われうるから。[事後従犯的性格]
- ・被害者の被害の正常な回復を困難にするから。[追求権侵害の性格]

本罪行為が事後的にせよ用意されることで、本犯実行に関しまた行為後でも被害者・法益主体の財産権・法益が間接的に侵害されるわけです。

：257条は本犯が親族である場合の刑の免除を定めており、その理由としては次のような責任減少事由を考えることができます。

- ・親子や夫婦等の親族間では犯罪の発覚を恐れて協力することも、必ずしも強く責められない、無理からぬ部分があるから。
- ・親族間の人間関係を踏まえると、犯罪に事後的に関わる場合も通常ほど心情上高いハードルを越えるものでなく適法行為が期待し難いから。

：したがって、同2項が「親族でない共犯については、適用しない。」としている理由もまた、いま見てきた内容とは逆のことがその理由だということになります。つまり、親族間について見たような非難可能性の低減(責任減少事由)を認めることができないからだ、というわけです。

：256条の罪の一部は「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」10条の犯罪収益等隠匿罪(懲役5年以下若しくは罰金300万円以下又は併科)や同11条の犯罪収益等收受罪(懲役3年以下若しくは罰金100万円以下又は併科)とも部分的に重なり合います(観念的競合。刑54条1項)。

ただし、「犯罪収益等」(組犯法2条4項)というのは「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」よりも広い範囲を対象とし、また事後従犯性も希薄化する分、軽い法定刑になっています。

テーマ：毀棄・隠匿罪と窃盗罪

内容：毀棄罪はなぜ一般に領得罪よりも軽く処罰されているかの理由を考えてみると、以下のようなことが挙げられるかと思います。

- ・他人の物を自分の物にしたいという物欲・所有欲に起因する利欲犯罪は、いわば自己を規律するところがなく、本能・欲望のままに実行に出る点において、その動機について酌むべき事情に乏しく、重い処罰に値する。[非難可能＝有責性論拠]

- ・毀棄よりも利欲犯の方が行われやすいことから、重い処罰によって一般予防を図る必要性が高い。[政策的論拠]

- ・領得罪は被害額が大きい場合重く処罰すべき場合が想定されるのに対し、毀棄罪で被害が大きい場合は放火などその他の犯罪の成立する余地もあり、処罰対象が限定されると考えられる。[法益侵害＝違法性論拠]

条文：第四十章 毀棄及び隠匿の罪（258条—264条）

258条（公用文書等毀棄）公務所の用に供する文書又は電磁的記録を毀棄した者は、3年以上7年以下の懲役に処する。

259条（私用文書等毀棄）権利又は義務に関する他人の文書又は電磁的記録を毀棄した者は、5年以下の懲役に処する。

260条（建造物等損壊及び同致死傷）他人の建造物又は艦船を損壊した者は、5年以下の懲役に処する。よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。

261条（器物損壊等）前三条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。

262条（自己の物の損壊等）自己の物であっても、差押えを受け、物権を負担し、賃貸し、又は所有者死亡後の配偶者居住権[民1028]が設定されたものを損壊し、又は傷害したときは、前三条の例による。

262条の2（境界損壊）境界標を損壊し、移動し、若しくは除去し、又はその他の方法により、土地の境界を認識することができないようにした者は、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

263条（信書隠匿）他人の信書を隠匿した者は、6月以下の懲役若しくは禁錮又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

264条（親告罪）第259条[私用文書毀棄]、第261条[器物損壊]及び前条の罪[信書隠匿]は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

235条（窃盗）他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

軽犯罪法1条 左の各号の一に該当する者は、これを拘留又は科料に処する。

33号 みだりに他人の家屋その他の工作物にはり札をし、若しくは他人の看板、禁札その他の標示物を取り除き、又はこれらの工作物若しくは標示物を汚した者

説明：公衆トイレ等外観の美観も機能の一部といえる場合、軽犯1条33号の「汚した」を超え、そのまま使用できないほど汚され原状回復に相当の費用・時間を要するとき、260条にあたる場合もあります。

：判例は隠匿も毀棄・損壊としますが、領得意思が希薄化し、信書(手紙・葉書)隠匿(260)も窃盗と境を接します。持ち去らず棄てれば261、財物性の低い信書の持ち去り(隠匿)は窃盗の減輕類型といえます。